

**Assemblée générale**

Distr. générale
13 avril 2017
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquantième session
Vienne, 3-21 juillet 2017

**Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des
litiges commerciaux: l'éthique dans l'arbitrage international**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction.	2
II. Cadres juridiques existants et travaux futurs possibles.	2
A. Cadres juridiques existants relatifs à l'éthique dans l'arbitrage international.	2
1. Législation nationale	3
2. Règlements d'arbitrage	3
3. Textes d'orientation	4
4. Jurisprudence	4
5. Code d'éthique dans les traités d'investissement.	6
B. Formes que pourraient prendre les travaux futurs	6
1. Thèmes sur lesquels pourrait porter un code d'éthique destiné aux arbitres.	6
2. Élaboration de directives sur les normes éthiques existantes	10
III. Questions relatives à des travaux futurs possibles.	10



I. Introduction

1. À sa quarante-huitième session, en 2015, la Commission était saisie d'une proposition de travaux futurs sur un code d'éthique applicable aux arbitres dans l'arbitrage d'investissement (A/CN.9/855), qui suggérait que les travaux sur ce sujet portent sur la conduite des arbitres, leurs rapports avec les personnes participant à l'arbitrage et les valeurs qu'ils étaient censés partager et transmettre¹. À l'issue de la discussion, elle a demandé au Secrétariat d'étudier le sujet d'une manière large, qui englobe à la fois l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement, en tenant compte des lois, règles et règlements en vigueur, ainsi que des normes établies par d'autres organisations. Le Secrétariat a été prié d'évaluer la possibilité de mener des travaux dans ce domaine et de faire rapport à la Commission à une session ultérieure².

2. À sa quarante-neuvième session, en 2016, la Commission a examiné une note du Secrétariat, qui présentait la notion d'éthique dans l'arbitrage international, ainsi que les cadres juridiques existants (A/CN.9/880) et qui soulevait aussi certaines questions qu'elle devrait examiner avant d'entreprendre éventuellement des travaux dans ce domaine. À l'issue de la discussion, elle a prié le Secrétariat de continuer à examiner cette question, en étroite collaboration avec des experts, notamment ceux d'autres organisations travaillant activement dans ce domaine, et de lui faire rapport, à une session ultérieure, au sujet des différentes formes que pourraient revêtir les travaux³.

3. Conformément à cette demande, l'objet de la présente note est d'examiner la notion d'éthique dans l'arbitrage international, de recenser les cadres juridiques existant, et de soulever des questions ayant trait à ce sujet qui pourraient faire l'objet de travaux futurs de la Commission⁴. La présente note se limite à l'étude de l'éthique des arbitres, et ne porte pas sur les autres participants à l'arbitrage, tels que les conseils, les experts ou les tiers bailleurs de fonds.

II. Cadres juridiques existants et travaux futurs possibles

A. Cadres juridiques existants relatifs à l'éthique dans l'arbitrage international

4. Compte tenu du développement de l'arbitrage international, divers textes sur l'éthique ont été élaborés par différents acteurs, notamment des ordres des avocats locaux, des institutions arbitrales et des organisations internationales. Des normes éthiques ont été formulées sous la forme de textes autonomes ou incorporées dans les législations nationales sur l'arbitrage, les règlements d'arbitrage, les directives en la matière et, plus récemment, les traités d'investissement en vue de compléter les dispositions relatives au règlement des litiges entre investisseurs et États. Certains textes ont un effet contraignant, d'autres visent à fournir des orientations générales. Les décisions de juridictions étatiques sur la récusation d'arbitres ainsi que sur l'annulation ou l'exécution de sentences arbitrales sont également pertinentes du fait qu'elles constituent souvent la dernière instance d'examen de la conduite d'un arbitre et qu'elles fournissent donc des informations sur l'application des normes éthiques.

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 17 (A/70/17), par. 148.

² Ibid., par. 151.

³ Ibid., soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17), par. 182 à 186.

⁴ La Commission voudra peut-être noter que le Secrétariat a consulté, entre autres, le Conseil international pour l'arbitrage commercial pour élaborer la présente note.

1. Législation nationale

5. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type sur l'arbitrage" ou "Loi type") a été adoptée par un grand nombre de pays⁵ et ses articles 12 et 13, relatifs aux motifs et à la procédure de récusation, donnent des indications sur la conduite attendue des arbitres. L'article 12 prévoit que tout arbitre est soumis à l'obligation continue de déclarer aux parties des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance⁶. La Loi type précise également que les arbitres ne sauraient être récusés pour des motifs autres que ceux énoncés à l'article 12-2⁷. Cet article poursuit deux objectifs supplémentaires. Le premier est de renforcer l'autonomie des parties en ce qui concerne le choix de l'arbitre en prévoyant qu'un arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications requises par les parties. Le deuxième est d'empêcher les parties d'abuser de la confiance de leurs opposants en ayant un comportement contradictoire. Pour atteindre cet objectif, une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé en invoquant des circonstances dont elle avait connaissance au moment de la nomination.

6. La procédure à suivre pour récuser des arbitres est énoncée à l'article 13 de la Loi type, qui prévoit une procédure en deux étapes. Dans un premier temps, les récusations sont traitées par le tribunal arbitral, selon une procédure fixée par les parties ou selon la procédure par défaut énoncée à l'article 13-2. Celles qui n'ont pas abouti pendant cette première étape peuvent dans un deuxième temps être portées devant un tribunal ou une autorité compétente, dont la décision est définitive.

7. La Loi type a aussi influencé les pays qui n'ont pas encore adopté une législation fondée sur elle. Les lois nationales sur l'arbitrage comportent ainsi généralement des dispositions qui traitent des déclarations et de la récusation d'arbitres. Certaines d'entre elles imposent en outre des obligations précises aux arbitres, par exemple, dans le cas où ils ont connaissance d'actes criminels commis par les parties.

2. Règlements d'arbitrage

8. La plupart des règlements d'arbitrage comprennent des principes généraux sur l'impartialité et l'indépendance des arbitres, ainsi que des règles précises sur la procédure de récusation d'un arbitre. Par exemple, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010) traite des déclarations et de la récusation des arbitres dans ses articles 11 à 13. L'article 12-1 prévoit qu'un arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. Si l'autre partie ne donne pas son accord ou l'arbitre ne se retire pas volontairement, la partie récusante peut demander que l'autorité de

⁵ La liste des pays qui ont adopté une législation fondée sur la Loi type sur l'arbitrage est disponible sur Internet à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

⁶ L'article 12-1 de la Loi type sur l'arbitrage se lit comme suit: "Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait."

⁷ L'article 12-2 de la Loi type sur l'arbitrage se lit comme suit: "Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination". Les travaux préparatoires montrent qu'il a été proposé de retirer les mots "ne... que" à l'article 12-2 de la Loi type, mais qu'il a été jugé préférable de les conserver pour bien souligner que les autres motifs de récusation éventuellement prévus dans le droit national n'étaient pas recevables dans le cadre de l'arbitrage commercial international (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)*, par. 116 à 119).

nomination se prononce sur la récusation. Les règlements d'arbitrage d'institutions comprennent des dispositions analogues, parfois assorties de légères variantes⁸.

9. Dans le cas particulier du règlement de litiges entre investisseurs et États, l'article 14 de la Convention du CIRDI exige notamment des arbitres et des conciliateurs qu'ils "[jouissent] d'une haute considération morale, [soient] d'une compétence reconnue (...) [et offrent] toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions". Cette exigence est complétée par la signature d'une déclaration d'indépendance au début de la procédure, conformément à l'article 6-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI. L'article 57 de la Convention du CIRDI prévoit en outre un mécanisme selon lequel une partie peut demander la récusation d'un arbitre pour tout motif impliquant "un défaut manifeste des qualités requises (...)".

3. Textes d'orientation

10. Conformément aux dispositions de la législation nationale et des règlements d'arbitrage, des normes traitant de la question de l'éthique professionnelle et des conflits d'intérêts ont été élaborées par des organisations internationales en se fondant sur le principe selon lequel les arbitres ont l'obligation continue de demeurer impartiaux et indépendants⁹.

11. Récemment, un certain nombre d'institutions d'arbitrage ont établi des codes de conduite pour les arbitres. Certains de ces codes énoncent des principes moraux généraux, tandis que d'autres traitent de cas particuliers qui surviennent au cours de l'arbitrage.

4. Jurisprudence

12. Comme il a été dit plus haut, la Loi type sur l'arbitrage, y compris ses articles 12 et 13, a été adoptée par un certain nombre de pays. Toutefois, elle ne définit pas certains termes tels que "doutes légitimes", "impartialité" ou "indépendance" et, en conséquence, les tribunaux étatiques utilisent leurs propres critères pour interpréter ces notions.

13. Les juridictions nationales ont élaboré une jurisprudence concernant les obligations des arbitres, en particulier sur les exigences d'impartialité et d'indépendance, et le niveau de preuve exigé pour établir un manquement à ces obligations. L'édition 2012 du Précis de jurisprudence concernant la Loi type sur l'arbitrage offre une analyse des décisions de justice sur le sujet¹⁰. Les tribunaux ont souligné le caractère obligatoire de l'impartialité et de l'indépendance. Certaines décisions mettent l'accent sur le fait que, pour qu'il soit fait droit à une demande de récusation, les doutes légitimes quant à l'impartialité ou l'indépendance des arbitres devaient découler de circonstances objectives. Dans certains cas, il a été considéré que la notion de "doutes légitimes" devait être prouvée par des faits objectifs qu'une personne raisonnable et éclairée considérerait comme relevant de la partialité de la part d'un arbitre. Certaines juridictions exigent un véritable fait de partialité pour qu'un arbitre puisse être récusé. D'autres estiment qu'il faut analyser les circonstances susceptibles d'influencer le jugement d'un arbitre et de soulever des doutes légitimes dans l'esprit des parties quant à son indépendance et son impartialité¹¹.

14. Les décisions de justice concernant l'article 36 de la Loi type sur l'arbitrage régissant les motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution des sentences

⁸ Par exemple, le Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2017 se réfère à un "manque supposé d'impartialité ou d'indépendance".

⁹ Par exemple, le Code de déontologie pour les arbitres dans les litiges commerciaux de l'American Arbitration Association et de l'American Bar Association (2004), le Code de conduite professionnelle et éthique du Chartered Institute of Arbitrators (2009) et les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage International (2014).

¹⁰ Voir l'édition 2012 du Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, disponible sur Internet, en anglais seulement, à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/digests.html.

¹¹ Ibid.

arbitrales peuvent également être utiles dans le contexte de l'interprétation des normes éthiques. L'article 36, qui s'inspire de l'article V de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ("Convention de New York"), ne contient pas de dispositions qui traitent spécifiquement des obligations éthiques des arbitres. Ainsi, pour récuser un arbitre, les parties doivent faire valoir que sa conduite est contraire à l'une des exceptions pour exécuter la sentence. En vertu de l'article 36, les deux dispositions qui sont le plus souvent invoquées sont que la constitution du tribunal arbitral n'a pas été conforme à la convention des parties ou à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu en raison de la non-divulgaration d'informations par l'arbitre (art. 36-1 a) iv)) ou que la conduite de l'arbitre a été contraire à l'ordre public de la juridiction compétente (art. 36-1 b) ii)). Les parties ont également fait valoir que la partialité supposée de l'arbitre avait empêché la partie de faire valoir ses droits (art. 36-1 a) ii)) ou que la conduite de l'arbitre sortait du cadre de ses pouvoirs (art. 36-1 a) iii))¹².

15. La plupart des requêtes formulées au titre de la Convention de New York se fondaient sur le fait que l'inconduite présumée était contraire à l'ordre public de la juridiction compétente. Toutefois, ces requêtes, qui se fondent sur l'article V-2 b) de la Convention, sont rarement couronnées de succès. Les tribunaux ont parfois souligné que la conduite de l'arbitre ne relevait pas de l'ordre public et que la partie aurait dû soulever cette question pendant la procédure d'arbitrage¹³.

16. Un certain nombre de cas ont été recensés dans différents pays, dans lesquels des parties avaient récuser des arbitres en raison de leur expérience passée ou présente, notamment en leur qualité d'arbitre ou de conseil. Ces conflits d'intérêts en raison de l'objet du litige (appelés en anglais "*issue conflicts*"), également décrits comme étant des préjugés inappropriés¹⁴, ont été invoqués dans des cas où les parties avaient fait valoir que les publications antérieures d'un arbitre ou sa participation à des sentences antérieures suggéraient un manque d'impartialité (voir également ci-dessous, par. 23)¹⁵. À différentes occasions, des parties ont récuser des arbitres en raison de leur qualité de conseil pour ou contre l'une des parties ou dans le cadre de litiges précédents portant sur des questions liées au litige en suspens. Les décisions de justice rendues à cet égard divergent. Certains tribunaux ont admis la récusation et noté que la légitimité du processus arbitral pouvait être mise en doute. D'autres ont estimé que le double rôle d'arbitre et de conseil était une pratique courante et acceptable dans l'arbitrage international¹⁶. La jurisprudence examinée par l'équipe de travail conjointe de l'American Society of International Law et du Conseil international pour l'arbitrage commercial sur les conflits d'intérêts en raison de l'objet du litige dans l'arbitrage entre investisseurs et États a mis l'accent sur la réticence de la part des décideurs dans les arbitrages entre investisseurs et États à admettre des récusations lorsque l'une des trois allégations suivantes était invoquée: i) des publications antérieures, ii) des plaidoyers tenus en tant que conseil, et iii) la participation à des sentences antérieures, en l'absence de circonstances inhabituelles¹⁷.

¹² Ibid.

¹³ La jurisprudence pertinente est disponible sur Internet à l'adresse: <http://www.newyorkconvention1958.org>.

¹⁴ Voir Conseil international pour l'arbitrage commercial, équipe de travail conjointe de l'American Society of International Law et du Conseil international pour l'arbitrage commercial sur les conflits d'intérêts en raison de l'objet du litige dans l'arbitrage entre investisseurs et États, rapport n° 3, 17 mars 2016, accessible sur Internet, en anglais seulement, à l'adresse: <http://www.arbitration-icca.org>.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid., par. 128 à 133. Voir également l'édition 2012 du Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, disponible sur Internet, en anglais seulement, à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/digests.html.

¹⁷ Conseil international pour l'arbitrage commercial, équipe de travail conjointe de l'American Society of International Law et du Conseil international pour l'arbitrage commercial sur les conflits d'intérêts en raison de l'objet du litige dans l'arbitrage entre investisseurs et États, rapport n° 3, 17 mars 2016, accessible sur Internet, en anglais seulement, à l'adresse: <http://www.arbitration-icca.org>, par. 151.

5. Code d'éthique dans les traités d'investissement

17. Certains traités d'investissement conclus récemment comprennent un code de conduite des arbitres intervenant dans le règlement de litiges entre investisseurs et États nés dans le cadre ces traités, qui complètent les dispositions des règlements d'arbitrage applicables (voir ci-dessus, par. 8 et 9)¹⁸. Ces codes comportent généralement des normes de conduite pour les arbitres (et d'autres personnes) et portent sur leurs obligations dans la conduite de l'arbitrage, l'obligation de déclaration et le devoir de confidentialité¹⁹. Ils ne prévoient généralement pas de sanctions, autres que le droit des deux parties de demander le remplacement de l'arbitre.

B. Formes que pourraient prendre les travaux futurs

18. Les travaux futurs dans le domaine de l'éthique pourraient prendre deux formes: la première consisterait à élaborer un code d'éthique dans un souci d'harmonisation et de clarté, par exemple en ce qui concerne les procédures de déclaration et de récusation; tandis que la deuxième serait d'élaborer des lignes directrices sur les normes éthiques pertinentes et applicables.

1. Thèmes sur lesquels pourrait porter un code d'éthique destiné aux arbitres

a) Impartialité et indépendance

19. L'impartialité et l'indépendance sont les éléments centraux de l'intégrité et de l'éthique des arbitres, lesquels sont censés éviter les conflits d'intérêts directs ou indirects. Ces conflits se traduisent généralement par un manque d'impartialité ou un manque d'indépendance. L'impartialité est l'absence d'opinion préconçue ou de préjugé à l'égard d'une partie. On parlera ainsi de manque d'impartialité lorsqu'un arbitre semble avoir préjugé telle ou telle question en faveur de l'une des parties. L'indépendance est généralement liée aux relations commerciales, financières ou personnelles qu'un arbitre entretient avec une partie à l'arbitrage, et le manque d'indépendance résulte habituellement de relations problématiques entre un arbitre et une partie ou son conseil. Les normes relatives à l'éthique prévoient généralement que les obligations d'ordre éthique demeurent applicables pendant toute la durée de la procédure arbitrale.

20. Un code d'éthique indiquerait que tous les arbitres doivent être indépendants et impartiaux, et respecter les mêmes normes éthiques. Il pourrait aussi expliquer

¹⁸ Voir, par exemple, le Code de conduite des arbitres et des médiateurs (Accord de libre-échange entre Singapour et l'Union européenne, annexe 15-B, version de mai 2015); et le Code de conduite des arbitres et des médiateurs (Accord économique et commercial global (AECG) annexe 29-B).

¹⁹ On trouvera ci-après une brève présentation de la structure et des questions traitées dans le Code de conduite de l'AECG: ce dernier énonce tout d'abord le principe fondamental selon lequel "[t]ous les candidats et arbitres évitent tout manquement ou apparence de manquement à la déontologie, sont indépendants et impartiaux, évitent les conflits d'intérêts directs et indirects et observent des normes de conduite strictes afin que l'intégrité et l'impartialité du mécanisme de règlement des différends soient préservées." Il énonce ensuite les obligations de déclarations qui incombent aux candidats, et exige aussi que les arbitres s'acquittent de leurs obligations minutieusement et efficacement et veillent à ce que leurs assistants et leurs personnels se conforment aux dispositions du code de conduite. Il met également l'accent sur l'obligation d'indépendance et d'impartialité des arbitres, indiquant qu'ils ne doivent pas se laisser influencer par leurs intérêts personnels, des pressions extérieures, des considérations de nature politique, des revendications publiques, leur loyauté envers une partie ou la crainte d'être critiqués. Les arbitres n'acceptent pas d'avantages qui, d'une manière quelconque, entraveraient, ou sembleraient entraver, la bonne exécution de leurs fonctions. Ils ne peuvent permettre que leurs relations ou leurs responsabilités financières, commerciales, professionnelles, familiales ou sociales influent sur leur conduite ou leur jugement. Le code exige également que les anciens arbitres doivent éviter d'agir d'une manière pouvant donner l'impression qu'ils avaient un parti pris dans l'exécution de leurs fonctions ou avaient tiré un avantage de la décision arbitrale. Ils ne divulguent aucun renseignement concernant la procédure ou obtenus durant la procédure et ne divulguent ni n'utilisent ce genre de renseignements à leur propre avantage ou à l'avantage d'autrui ou pour nuire aux intérêts d'autrui. Enfin, le code traite également des dépenses et des médiateurs.

comment ce principe fondamental s'accorde avec l'autonomie des parties qui est le fondement sur lequel repose l'arbitrage en vue de parvenir à un juste équilibre entre l'autonomie et l'impartialité des parties.

21. Les sources utilisent parfois des terminologies différentes. En ce qui concerne les textes législatifs, la Loi type de la CNUDCI utilise les deux termes "indépendance" et "impartialité"²⁰. La loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 mentionne le devoir d'être "impartial"²¹. La loi fédérale suisse sur le droit international privé utilise le terme "indépendance"²². Les tribunaux et les institutions ont souvent utilisé les termes "impartialité" et "indépendance" de façon interchangeable, et leur signification a encore évolué par leur utilisation.

22. Un code d'éthique pourrait, dans la mesure du possible, traiter de cas particuliers. Par exemple, il est parfois difficile de faire la distinction entre les informations et les connaissances qui peuvent avoir une incidence sur l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre et de déterminer celles qui sont acceptables et celles qui ne le sont pas et qui pourraient conduire à un manque d'impartialité et d'indépendance.

23. À cet égard, le rapport de l'équipe de travail conjointe de l'American Society of International Law et du Conseil international pour l'arbitrage commercial sur les conflits d'intérêts en raison de l'objet du litige dans l'arbitrage entre investisseurs et États note que des règles formelles qui cherchent à définir ce qu'il faut entendre par préjugé inapproprié sont inutiles et seraient contre-productives. L'équipe de travail a noté que l'examen de la jurisprudence suggère qu'il n'est probablement pas constructif d'essayer de formuler des règles strictes et contraignantes sur les périodes spécifiques qui entraînent des déclarations, les approbations générales ou l'exclusion de certains types d'activités, en raison du fait que les résultats sont largement tributaires de données factuelles en cas de récusation²³. Le Code de déontologie de l'American Arbitration Association et de l'American Bar Association de 2004 établit une distinction entre les avis sur des questions générales et ceux sur des questions factuelles ou juridiques. Il prévoit notamment qu'un futur arbitre n'a pas nécessairement un biais ou un préjudice parce qu'il connaît les parties, la loi applicable ou les coutumes et pratiques des entreprises concernées. Un arbitre ne contrevient pas à cette règle si, du fait de son expérience ou de ses compétences, il a des avis sur certaines questions générales susceptibles de survenir dans l'arbitrage, mais qu'il ne préjuge pas de l'une quelconque des déterminations factuelles ou juridiques qui font l'objet de l'arbitrage²⁴.

b) Obligations en matière de déclaration

24. Le devoir d'impartialité et d'indépendance s'accompagne généralement de l'obligation, pour l'arbitre, de déclarer les circonstances, passées ou présentes, de nature à soulever des doutes légitimes quant à son impartialité ou son indépendance. Il revient alors à l'arbitre de déclarer que les circonstances signalées n'ont pas d'incidence, selon lui, sur son impartialité et son indépendance²⁵. La plupart des lois

²⁰ Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, art.12.

²¹ Loi sur l'arbitrage de 1996, chap. 23, art. 24-1 a).

²² Loi fédérale suisse sur le droit international privé, chap.12, art. 180 c).

²³ Voir Conseil international pour l'arbitrage commercial, équipe de travail conjointe de l'American Society of International Law et du Conseil international pour l'arbitrage commercial sur les conflits d'intérêts en raison de l'objet du litige dans l'arbitrage entre investisseurs et États, rapport n° 3, 17 mars 2016, par. 183, accessible sur Internet (en anglais seulement) à l'adresse: <http://www.arbitration-icca.org>.

²⁴ Code de déontologie pour les arbitres dans les litiges commerciaux de l'American Arbitration Association et de l'American Bar Association, commentaire relatif à la règle 1.

²⁵ Voir, par exemple, la déclaration d'indépendance type figurant à l'annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010), qui donne une idée des éléments qui devraient être déclarés: "Est jointe à la présente une déclaration faite en application de l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI concernant a) mes relations professionnelles, d'affaires et autres, passées et présentes, avec les parties et b) toute autre circonstance pertinente."

nationales et règlements en matière d'arbitrage comportent des normes objectives en matière de déclaration.

25. Les traités d'investissement comportent parfois des exigences additionnelles concernant l'obligation de déclaration dans le contexte du règlement des litiges entre investisseurs et États, et prévoient, par exemple, que les arbitres sont tenus de déclarer tout intérêt financier dans la procédure ou son issue, ou dans toute autre procédure touchant des questions qui peuvent être tranchées dans la procédure pour laquelle la candidature de l'arbitre est examinée²⁶.

26. Certains textes d'orientation sur l'éthique prévoient également des obligations particulières²⁷, comme le fait d'exiger d'un arbitre potentiel qu'il déclare ses relations personnelles ou commerciales avec "toute personne dont on sait qu'elle pourrait être un témoin important dans l'arbitrage"²⁸.

27. On peut se demander si les arbitres ont le devoir d'enquêter sur d'éventuels conflits d'intérêts. Certains tribunaux ont estimé qu'un arbitre est réputé impartial s'il n'a pas connaissance d'un conflit en particulier et que l'arbitre n'a pas l'obligation d'enquêter sur des faits inconnus. D'autres ont estimé que si des normes d'impartialité comprennent également des impressions possibles de préjugés, les arbitres devraient enquêter sur d'éventuels conflits d'intérêts. La règle générale 7 d) des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international prévoit qu'à défaut d'avoir effectué des efforts raisonnables pour satisfaire à son devoir de recherche, l'arbitre ne pourra justifier un défaut de déclaration par son absence de connaissance de la cause de conflit.

28. Les normes en matière de déclaration et celles sur la récusation ne sont généralement pas les mêmes. Les informations qui devraient être déclarées sont généralement plus vastes que celles qui pourraient constituer un motif de récusation. Toutes les informations qui devraient être déclarées n'entraînent pas nécessairement la récusation d'un arbitre. Inversement, même si une information n'entraîne pas la récusation d'un arbitre, elle devrait néanmoins être déclarée. Les normes en matière de récusation permettent de déterminer si un arbitre n'est pas suffisamment impartial pour participer à l'arbitrage.

29. La Loi type sur l'arbitrage établit notamment une distinction entre les informations qui doivent être divulguées et celles qui doivent être communiquées conformément à la norme en matière de récusation. L'article 12-1 relatif à l'obligation de déclaration prévoit que les arbitres devraient signaler toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur leur impartialité ou sur leur indépendance. L'article 12-2 relatif à la récusation indique en revanche qu'il doit "exister des circonstances" de nature à soulever des doutes légitimes sur leur impartialité ou leur indépendance. Si l'obligation de déclaration a un champ d'application plus large, cela permet d'éviter des situations où l'information aurait pu être insignifiante si elle n'avait pas été découverte par hasard ultérieurement.

30. Dans le même ordre d'idées, la note explicative relative à la règle générale 3 c) des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international prévoit que le manquement à l'obligation de divulgation de certains faits et

²⁶ Voir, par exemple, le Code de conduite des arbitres et des médiateurs (Accord économique et commercial global (AECG), annexe 29-B, section sur les "Obligations de déclaration").

²⁷ Voir, par exemple, le Code de déontologie pour les arbitres dans les litiges commerciaux de l'American Arbitration Association et de l'American Bar Association; et les Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international qui énoncent les relations particulières qui devraient être déclarées (la Liste rouge des Lignes directrices de l'IBA énonce les circonstances qui pourraient donner lieu à un conflit d'intérêts; certaines circonstances dans la Liste rouge peuvent être exclues après la déclaration; la Liste orange énonce les circonstances dans lesquelles un candidat a l'obligation de déclaration et, après la déclaration, les parties sont censées avoir levé leurs préoccupations à l'issue d'une période de 30 jours; la Liste verte énonce des cas où il n'y a aucune apparence de conflit d'un point de vue objectif et où l'arbitre n'a aucune obligation de déclaration).

²⁸ Voir, par exemple, le Code d'éthique de l'arbitre du Singapore International Arbitration Centre, 2.2 a).

circonstances susceptibles de faire naître, aux yeux des parties, des doutes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre, ne signifie pas nécessairement qu'il existe un conflit d'intérêts, ou n'entraîne pas nécessairement la disqualification de l'arbitre.

c) Autres obligations pouvant concerner l'éthique des arbitres

Équité et diligence, confidentialité

31. Les devoirs d'équité et de diligence, ainsi que la confidentialité, peuvent faire l'objet de dispositions dans la législation nationale et les règlements d'arbitrage, qui, en substance, prévoient généralement que l'arbitre est tenu: i) d'exercer ses fonctions en faisant preuve d'équité et de diligence, consciencieusement et rapidement tout au long la procédure²⁹; et ii) de préserver la confidentialité des informations non publiques et de n'utiliser aucune information pour en tirer un bénéfice personnel ou porter atteinte aux intérêts de tiers.

Qualifications professionnelles

32. Outre les exigences d'impartialité et d'indépendance, les qualifications professionnelles sont parfois également mentionnées dans le cadre des normes éthiques. Par exemple, l'article 14-1 de la Convention du CIRDI prévoit que les arbitres doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions.

Nationalité

33. Dans l'arbitrage entre investisseurs et États, on évite généralement de nommer un président ou un arbitre unique qui a la même nationalité que l'une des parties, sauf si les parties en conviennent autrement. L'article 39 de la Convention du CIRDI prévoit que "les arbitres composant la majorité doivent être ressortissants d'États autres que l'État contractant partie au différend et que l'État contractant dont le ressortissant est partie au différend [...]"³⁰. Les parties peuvent toutefois, d'un commun accord, déroger à cette règle. On applique généralement un principe similaire dans l'arbitrage international. Par exemple, l'article 6-7 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010) prévoit que "[l]'autorité de nomination a égard aux considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et tient compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties".

Participation des arbitres au règlement des litiges

34. Comme il est souligné dans l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (2016)³¹, les différents systèmes juridiques divergent sur la question de savoir si les arbitres devraient s'abstenir d'encourager les parties à régler leur litige à l'amiable. Dans certains systèmes juridiques, les juges et arbitres sont tenus d'aider les parties à parvenir à un règlement amiable. Ce faisant, des communications *ex parte* avec les parties peuvent toutefois avoir lieu, ce qui risque de compromettre l'impartialité de l'arbitre. La règle générale 4 d) des Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, prévoit que les

²⁹ Voir, par exemple, l'article 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010), ainsi que son annexe (qui prévoit que toute partie peut envisager de demander à l'arbitre une déclaration confirmant que "sur la base des informations actuellement disponibles, l'arbitre peut consacrer le temps nécessaire pour conduire l'arbitrage de manière diligente et efficace dans le respect des délais fixés par le Règlement").

³⁰ Règlement de procédure du CIRDI relatif aux instances d'arbitrage, chap. IV, art. 39.

³¹ Voir note 12 de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (2016), disponible sur Internet à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2016Notes_proceedings.html

arbitres peuvent aider les parties à parvenir à un règlement amiable de leur litige avec l'accord exprès de celles-ci.

d) Procédure de récusation – manquement aux normes éthiques

35. La mesure prise traditionnellement en cas de manquement aux normes éthiques après la nomination d'un arbitre est la récusation et le remplacement de l'arbitre. La quasi-totalité des lois nationales et des règlements d'arbitrage comportent des dispositions sur les procédures de récusation des arbitres qui ne respectent pas les normes en vigueur, notamment les normes éthiques, ainsi que des mesures pour éviter que ces procédures ne soient utilisées de façon abusive, comme moyen dilatoire, par les parties.

36. D'une manière générale, les parties doivent récuser un arbitre dès qu'elles ont connaissance d'informations pertinentes. Elles ne peuvent pas attendre et prendre une décision lorsqu'elles estiment que la sentence est défavorable. Si elles ne parviennent pas à récuser un arbitre dans les délais prévus, elles sont réputées avoir renoncé au droit de récusation.

2. Élaboration de directives sur les normes éthiques existantes

37. À la quarante-neuvième session de la Commission, il a été souligné que différentes règles et normes éthiques pourraient être applicables, et qu'il n'existait pas à ce jour de directive claire permettant de déterminer les relations entre elles, ni celles qui l'emporteraient dans une situation donnée. Dans ce contexte, il a été estimé qu'une démarche possible serait d'étudier la manière dont les différentes règles et normes s'articulent les unes par rapport aux autres en vue de donner des orientations sur les normes éthiques qui seraient applicables³².

38. Différentes démarches pourraient être envisagées, comme, par exemple, fournir des orientations pour déterminer si des normes éthiques sont applicables et à quel moment, tout en notant que les limites d'application de ces normes, sachant que les arbitres viennent probablement de différents pays et seraient donc soumis à différentes normes éthiques.

39. Des travaux pourraient être entrepris pour préciser les relations entre les règles éthiques i) du pays d'origine de l'arbitre, ii) du pays dans lequel a lieu l'arbitrage (tant le siège juridique que le lieu physique), iii) prévues dans le droit applicable, iv) des institutions d'arbitrage, et v) figurant dans des règlements non contraignants convenus par les parties ou déterminées par le tribunal arbitral.

III. Questions relatives à des travaux futurs possibles

40. Malgré le développement de l'arbitrage international et la diversité des sources et des textes sur l'éthique, aucune directive n'a été établie sur la stratégie à adopter par les arbitres, par exemple pour déterminer si les arbitres intervenant dans un arbitrage international pourraient mettre de côté les règles éthiques de leur pays au profit de textes internationaux. Comme l'a noté la Commission à sa quarante-huitième session, les tribunaux arbitraux peuvent être liés par plusieurs normes éthiques en fonction de la nationalité des arbitres, de leur affiliation à un ordre des avocats ainsi que du lieu de l'arbitrage³³. Par conséquent, différentes normes peuvent s'appliquer en même temps, sans indication claire sur celle qui doit prévaloir en cas de conflit.

41. Le développement de l'arbitrage international a également entraîné la diversification des parties participant au processus. Ainsi, les vues sur l'éthique ou la conduite des arbitres peuvent différer de manière non négligeable, et les attentes d'une partie peuvent parfois être en désaccord avec celles d'autres parties provenant d'un

³² Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 17 (A/70/17), par. 184.

³³ Ibid., par. 150.

pays différent, ou avec la pratique générale en matière d'arbitrage international. La complexité croissante des différends récents qui impliquent de nombreuses parties et portent sur des opérations compliquées soulève des questions nouvelles, plus délicates. S'il semble y avoir un accord général sur les normes fondamentales en matière d'éthique dans l'arbitrage international, dans la pratique, l'évaluation du respect de ces normes peut être menée assez différemment selon les textes jugés applicables, et également selon qu'elle est réalisée par les arbitres eux-mêmes, les parties, les institutions arbitrales ou les tribunaux nationaux. Le renforcement de la réglementation de la procédure d'arbitrage et de la transparence du processus a également des incidences sur les attentes des parties en ce qui concerne l'éthique et le comportement des arbitres.

42. En outre, si les normes décrites dans la partie II ci-dessus comprennent des déclarations de principe, elles sont généralement dépourvues d'explications sur leurs implications concrètes.

43. Compte tenu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être examiner les questions suivantes:

a) La question de savoir si une source harmonisée et faisant autorité en matière d'éthique dans l'arbitrage international serait utile, ou si des orientations sur la manière dont les normes éthiques applicables s'articulent les unes par rapport aux autres seraient plus appropriées;

b) La question de savoir si les instruments existants définissent assez précisément la portée de la déclaration et la procédure de récusation;

c) La question de savoir si les travaux qui seraient menés sur l'éthique dans l'arbitrage international auraient pour objet d'éliminer les incertitudes et les incohérences observées dans les normes éthiques existantes, et concernant leur application; dans ce cas, la question de savoir si un nouvel instrument devrait traiter un ou plusieurs des points suivants: i) les personnes concernées (autre que les arbitres), ii) le contenu des normes éthiques (limité à l'impartialité et à l'indépendance, ou englobant d'autres obligations), iii) les méthodes et la portée de la déclaration, iv) la procédure de récusation, v) les effets d'un manquement aux normes éthiques, et vi) les mécanismes d'application (comment les règles éthiques devraient-elles être appliquées et par qui (arbitres, parties, institutions, autres)?);

d) La question de savoir si les conséquences de la non-conformité aux normes éthiques sont traitées suffisamment dans le détail dans les instruments existants. Dans le cas contraire, si l'élaboration d'une compilation et d'un précis de jurisprudence serait une possibilité.

44. Les normes éthiques dans l'arbitrage entre investisseurs et États et dans l'arbitrage commercial portent en grande partie sur les mêmes obligations, avec quelques variantes. La Commission voudra peut-être se demander si des travaux sur le sujet devraient englober à la fois l'arbitrage commercial et l'arbitrage entre investisseurs et États ou s'il convient de traiter ces sujets séparément.